

PARECER EMITIDO PELO
CENTRO DE ESTUDOS DE
DIREITO DO CONSUMO
DE COIMBRA EM TEMA
DE PRESCRIÇÃO DE
DÍVIDAS, CADUCIDADE
DO DIREITO À
DIFERENÇA DO PREÇO
E DE CADUCIDADE DO
DIREITO DE ACÇÃO NO
DOMÍNIO DOS SERVIÇOS
PÚBLICOS ESSENCIAIS

MÁRIO FROTA¹

Presidente da apDC – Associação Portuguesa de Direito do Consumo
Diretor do CEDC – Centro de Estudos de Direito do Consumo

EXCERTOS

“Há no que aos factos tange, uma assinalável divergência entre os procedimentos tendentes à economia de consumo e as imputações ao Demandado de diferenças emergentes de uma pretensa viciação dos instrumentos de medida”

“São flagrantes as fragilidades da fundamentação de direito e as contradições em que incorre reforçam o quadro no desacerto das peças que mal encaixam na moldura escolhida”

“A caducidade consiste em um facto preclusivo, ainda que fundada em razões de direito substantivo”

“A caducidade é de conhecimento oficioso do tribunal e pode ser alegada a qualquer momento do processo, se estabelecida em matéria excluída da disponibilidade das partes”

“Encontramo-nos perante uma situação de existência de violação do contrato de fornecimento de energia eléctrica por fraude imputável ao consumidor”

CONSULTA

Presente consulta em ordem a saber se, tendo sido detectadas, em 16 de Maio de 2011, pretensas diferenças de preço em fornecimento de energia eléctrica titulado por contrato celebrado entre a EDP e o consultante, é tempestiva a acção proposta em 22 de Janeiro de 2015.

Disponíveis as principais peças dos autos, a saber, articulados iniciais, contestação e sentença.

PARECER

Cumpre emitir parecer, subordinado ao índice que segue:

1. Da factualidade relevante

1.1 Dos desníveis de consumo e seus reflexos na facturação

Do que provado fora, como consta da fundamentação de facto, emergem, para o que ora importa,

12. Do resultado da inspecção e da análise efectuada aos respectivos registos de consumo, constatou-se que a partir de 17/11/2005 ocorreu uma nítida e repetida quebra do consumo de energia (2/3), sendo que tais consumos se verificaram até 16/05/2011 – 18º PI.

21. No início do mês de Julho de 2012, a A. enviou-lhe a factura em causa da quantia de 93.198,89€, com data limite de pagamento até a 25.07.2012, como sendo devida pelo fornecimento de energia eléctrica fornecida, reportada ao período de 17.11.2005 a 16.05.2011, tendo sido advertido de que a falta de pagamento implicaria o corte no fornecimento da energia eléctrica ao estabelecimento – 33º e 34º contestação.

22. O R. contactou a autora, por carta de 04.07.2012, acompanhada de documento que a esta anexou, com o intuito de justificar e provar, documentalmente, não ser devedor daquela quantia facturada – 36º e 37º contestação.

23. Na dita missiva, referia que “... a baixa de consumo de energia eléctrica detectada pela EDP, no estabelecimento, não

corresponde avaria do vosso equipamento de leitura, mas isso sim a uma consequência das nossas decisões, de mudarmos de forno e de fonte energética, bem como o deixar de produzir pastelaria no estabelecimento”. – 39º contestação.

24. Mandou o réu instalar um forno industrial, usado, de marca Modulgás, com queimador a gasóleo, em Outubro do referido ano 2005, o qual adquiriu a ««« – 40º contestação.

25. Este forno, alimentado a gasóleo, permaneceu em laboração durante o período de exploração da sociedade «««, Lda. – 43º contestação.

26. No mês de Abril de 2011, decidiu o réu adquirir para o estabelecimento aquele novo forno, alimentado a energia eléctrica, que é sua propriedade, o qual mantém actualmente, em funcionamento, no âmbito da cedência da exploração à sociedade «««, Lda., forno este que adquiriu, naquele ano de 2011, a «««, S.A. – 44º a 46º contestação.

27. De resto, ainda que, por hipótese, o que só como tal aqui concebe e aceita devesse à autora tão elevado montante, a título de diferencial do preço, o direito ao recebimento do mesmo de há muito prescreveu, o que alega para os legais efeitos.

Há uma coincidência temporal entre as transformações operadas e o período dentro do qual as quebras de consumos se registaram. A relação causa – efeito parece estar suficientemente estabelecida.

Mas disso não terá cuidado a M.^{ma} Senhora Juiz *a quo*.

a. Da imputação da pretensa discrepância ao usuário

Há no que aos factos tange, uma assinalável divergência entre os procedimentos tendentes à economia de consumo e as imputações ao Demandado de diferenças emergentes de uma pretensa viciação dos instrumentos de medida.

Como titular do contrato, conquanto desde muito cedo ausente, a responsabilidade que se lhe assaca não pode decorrer nem de acto próprio nem de instruções que haja transmitido a autores indeterminados e quiçá desconhecidos. Como, aliás, emerge dos autos.

Mas disso cuidará decerto o ora Recorrente nas suas alegações.

b. Marcos cronológicos relevantes

Registe-se neste passo o precipitado cronológico na génese de uma desmarcada DIMENSÃO TEMPORAL susceptível de inquinar qualquer decisão que de todo a ignore:

– 17 de Novembro de 2005 – data que parece indiciar o *terminus a quo* das quebras de consumo

– 17 de Maio de 2011 – *terminus ad quem*, subsequente à vistoria técnica cumprida na véspera (data a que corresponde, ante a noção técnico-jurídica, o “fornecimento”).

– 25 de Junho de 2012 [emissão da factura com o débito decorrente da “rectificação e do recálculo da energia”, mas a remessa só se processou “nos primeiros dias de Julho” (mais de um ano depois do pretensu fornecimento, na acepção que do facto se retém)].

– 22 de Janeiro de 2015 – data da propositura da acção

Do fornecimento (data em que o “recálculo” da diferença deveria ter sido efectuado, a saber, o dia 16 de Maio de 2011) à instauração da acção (22 de Janeiro de 2015) distam *em rigor* 3 anos, 8 meses e 6 dias...

Nada mais, nada menos que 3 anos, 8 meses e 6 dias...

O Demandante, recapitulando, levou mais de um ano a emitir a factura com o “recálculo” dos pretensos consumos [de 16 de Maio de 2011 a 25 de Junho de 2012 (sendo que a factura seguiu “nos primeiros dias de Julho de 2012”)].

E, a despeito da recusa de pagamento da pretensa diferença dos montantes que lhe são imputados, só em começos de 2015 (*rectius*, a 22 de Janeiro de 2015) se propôs o Demandante instaurar a acção no competente tribunal de primeira instância: 3 anos, 8 meses e 6 dias depois...

Intempestivamente!

E tal parece não surpreender ninguém!

Até em termos de uma criteriosa gestão empresarial, de que não cumpre curar neste passo, se imporia distinta diligência!

Mas não interrompeu, não suspendeu o fornecimento nem exerceu qualquer dos poderes que como antigo monopólio e actual proto-monopólio de facto detém com o beneplácito do Estado concedente da exploração.

E nem sequer o terão impressionado os prazos que a LSPE, no seu artigo 10º, aparelhou para o efeito...

Três anos, oito meses e seis dias depois...

2. Da decisão e sua base construtiva na fragilidade dos institutos de suporte: pressupostos

Os pressupostos de que arranca a decisão da M.^{ma} Senhora Juiz *a quo* poder-se-ão, em síntese, condensar em proposições que segue:

a. A existência de um contrato entre os litigantes, de resto, ainda vigente

b. A viciação fraudulenta dos instrumentos de medição, imputando-a ao Demandado

c. A não elisão da presunção [que o recorrente ante os elementos carreados para os autos e anteriormente facultados (em fase preliminar de discussão ao fornecedor) entende haver logrado e que deles transluz, aliás.]

d. A convicção de que o Demandado deixara na Autora de que poderia propor um acordo de pagamento

e. A inexistência de uma qualquer prescrição (é de caducidade do direito de acção que se trata que não de prescrição liberatória, nos termos do n. 4 do artigo 10º da LSPE, que o ora recorrente arguira).

f. Nem sequer se pronunciando sobre a caducidade do direito à diferença do preço, a justo título invocado pelo Demandado, e que corroboraria – ante os dilatados prazos vencidos – a preclusão do direito de que se arrogara a Demandante

g. A subsunção da factualidade ao instituto da responsabilidade civil extracontratual (*et pour cause...*), após haver afirmado categoricamente a existência de um contrato entre os litigantes, numa clamorosa contradição nos termos, para fazer assentar “que nem uma luva” a controvertida situação na doutrina de um acórdão da Relação de Lisboa (de 1 de Fevereiro de 2011) que é, aliás, pedra angular da decisão

h. e que de nenhum modo se ajusta na economia dos seus termos à factualidade assente.

i. E, consequentemente, o recurso à figura da prescrição emergente da responsabilidade civil por actos ilícitos (a responsabilidade

extracontratual que dá o mote à decisão: “*na realidade, encontramos perante um caso de responsabilidade civil extracontratual, a que são aplicáveis os prazos de prescrição previstos no artº 498 do Código Civil – prazo esse que se encontra cumprido pela autora, que intentou a presente acção quer dentro do prazo de 3 anos contados da emissão da factura (data em que tem conhecimento da extensão integral dos danos, nos termos do n. 1 do artº 498 do CC)*”...

j. Arredando desde logo a caducidade do direito de acção (que pretende seja prescrição), como, aliás, cumpriria fazê-lo.

São flagrantes as fragilidades da fundamentação de direito e as contradições em que incorre reforçam o quadro no desacerto das peças que mal encaixam na moldura escolhida.

E este excerto que antecede a própria decisão é disso exuberante manifestação:

“Conforme refere o Ac. da RL de 1.2.2011, já citado, “*estando provado que a ré... **utilizou ilicitamente energia eléctrica não contratada**, pretendendo furtar-se ao respectivo pagamento, é, no mínimo, um abuso de direito, pretender esgrimir com recurso à contagem de prazos aplicáveis a situações de ilícito contratual para furtar-se ao pagamento devido pelo consumo dessa mesma energia, obtida de forma ilícita e culposa*”, e, assim, no âmbito da responsabilidade civil extracontratual.”

O sumário do mencionado aresto, da responsabilidade da Exm.^a Relatora, Des.^a Dina Monteiro, é explícito nos seus termos: “estando provado que a [Demandada] **utilizou ilicitamente energia eléctrica**, com o desconhecimento da EDP **e à margem de qualquer contrato**, o prazo prescricional a atender é o de três anos, contados desde a data em que a empresa teve conhecimento desse facto, nos termos do artigo 498º, n. 1, do Código Civil.”

O que altera radicalmente os termos da questão: numa das concretas hipóteses de facto, a existência de um contrato e, noutra, a sua inexistência.

Num dos casos, a justificação, provada à saciedade, de que as quebras se ficaram devendo a alterações operacionais promovidas pelo Demandado (a adopção de um forno a gasóleo em 2005 e o retorno a um forno eléctrico em 2011). Noutro, a fraude patente, o recurso ilícito a expedientes (os célebres “gatos”) para lograr sem encargos o recurso à

energia eléctrica, como se detectou. Conquanto se persista em considerar não haver sido ilidida a presunção que pesara sobre o Demandado. Quando os elementos patentes nos autos e documentalmente provados pendem inequivocamente em tal sentido.

Não há pontos de contacto entre uma e outra das hipóteses em presença.

O que revela a fragilidade da pretensa similitude factual e a consequente aplicação das normas de direito para o efeito eleitas.

De que há que retirar as consequências devidas.

3. Institutos relevantes no quadro da LEI DOS SERVIÇOS PÚBLICOS ESSENCIAIS

A LSPE – Lei dos Serviços Públicos Essenciais² – prevê no seu artigo 10º três institutos de nuclear importância na economia d “o tempo e suas repercussões no âmbito dos serviços públicos essenciais”.

Razões de segurança jurídica subjazem à disciplina neste particular consubstanciada em termos de:

- **caducidade do direito de acção**
- **prescrição de dívidas**
- **caducidade do direito à diferença do preço**

Neste particular só as figuras da **caducidade do direito de acção** e da **caducidade do direito à diferença do preço** importam. Daí que delas nos ocupemos de forma sintética.

4. A caducidade do direito à acção

O n. 4 do artigo 10 da LSPE prescreve imperativamente que

“O prazo para a propositura da acção ou da injunção pelo prestador de serviços é de seis meses, contados após a prestação do serviço ou do pagamento inicial, consoante os casos.”

A figura neste passo consubstanciada é a da **CADUCIDADE DO DIREITO DE ACÇÃO**.

A toda a acção corresponde um direito (artigo 2º do Código de Processo Civil).

Determinantes razões de segurança jurídica impõem, por vezes, um lapso no decurso do qual as acções hajam de ser propostas sob pena de preclusão do direito que pressupõem e lhes subjaz.

E é o que ocorre *in casu*.

A LSPE definiu o lapso de 6 meses para a propositura da acção.

A caducidade do direito de acção reveste, por conseguinte, natureza substantiva (n. 4 do artigo 10º da LSPE).

E, em termos adjectivos, subsume-se na categoria das excepções peremptórias.

As excepções peremptórias consistem na invocação de factos que impedem, modificam ou extinguem o efeito jurídico dos factos articulados pelo demandante (n. 3 do artigo 576 do Código de Processo Civil).

4.1 Natureza

A caducidade consiste em um facto preclusivo, ainda que fundada em razões de direito substantivo, “cujo efeito é o de precluir toda a indagação sobre a situação jurídica controvertida, dispensando de averiguar da sua existência (posto que) invada a caducidade o direito a tal sujeito não pode mais ser exercido, o que torna inútil a sua anterior existência (Lebre de Freitas, Código de Processo Civil, anotado, volume II, 2ª edição, Coimbra Editora, página 333).

A caducidade, como figura de direito substantivo, consiste na extinção da vigência e eficácia de um acto, em virtude da superveniência de facto com força bastante para tal.

Como facto extintivo de direitos, a caducidade paralisa os efeitos do direito enquanto e se este não for exercido dentro do prazo estabelecido por lei ou convenção.

A caducidade é de conhecimento oficioso do tribunal e pode ser alegada a qualquer momento do processo, se estabelecida em matéria excluída da disponibilidade das partes.

No âmbito do direito adjectivo a caducidade verifica-se pelo decurso do respectivo prazo sem que haja sido pelo titular instaurada a acção destinada a fazê-lo valer.

A caducidade extingue, por conseguinte, o direito de acção.

4.2 Regime

O tribunal conhece de ofício as excepções peremptórias cuja invocação a lei não torne dependente do arbítrio do demandado: artigo 579 do Código de Processo Civil.

A regra é a do conhecimento oficioso. A excepção, a do conhecimento provocado, na dependência do titular do direito ou seu representante.

Definição legal de que se parte para indagar da natureza da excepção da caducidade do direito de acção.

A caducidade do direito de acção, por obstar à ponderação do efeito jurídico a que tende a pretensão deduzida pelo demandante, constitui excepção peremptória.

Na verdade, a **caducidade do direito de acção** configura causa a que a lei substantiva atribui a cessação do direito de que se arroga o seu titular como validamente constituído e, desta perspectiva, integra o domínio das excepções peremptórias susceptíveis de propiciar a improcedência (total ou parcial) da acção.

O demandado não nega os factos de onde o demandante pretende haver derivado o seu direito, mas opõe-lhe contra-factos que excluem ou paralisam *desde logo* a potencialidade jurídica ou alteram ou suprimem *a posteriori* os efeitos que se tiverem chegado a produzir (Manuel de Andrade, *Noções Elementares de Processo Civil*, Coimbra Editora, 1979, págs. 130 e ss).

Ou seja, verificada após a fase liminar a extemporaneidade da pretensão do demandante, impõe-se a absolvição do demandado do pedido (decisão correspondente à improcedência da acção) que não da instância.

4.3 Conhecimento

A caducidade do direito de acção deve ser conhecida *ex officio*.

Determinantes as razões de ordem pública que lhe subjazem. Indissociavelmente ligadas ao princípio da protecção dos interesses económicos do consumidor, que neste passo aproveita aos demais utentes.

5. A caducidade do direito à diferença do preço

Para além da prescrição com as especificidades que postula, a LSPE prevê, aliás, na esteira dos artigos 887 e ss do Código Civil, a figura da CADUCIDADE DO DIREITO À DIFERENÇA DO PREÇO (n. 2 do artigo 10º da LSPE).

5.1 Natureza

A caducidade, como tal enunciada, extingue o efeito jurídico do direito invocado pelo demandante.

No plano substantivo, é de um direito que tende à extinção das eventuais diferenças em dívida.

No plano adjectivo, de análogo modo, de uma excepção peremptória.

Só impede a caducidade, como tal qualificada pela LSPE, a prática, dentro do prazo legal ou convencionado, do acto a que a lei atribua efeito impeditivo (n. 1 do artigo 331 do Código Civil).

5.2 Regime

Valem neste passo as considerações expendidas em 4.2.

5.3 Conhecimento

A caducidade é apreciada de ofício e pode ser alegada em qualquer fase do processo se estabelecida em matéria excluída da disponibilidade das partes (n. 1 do artigo 333 do Código Civil).

Na esteira do que prescreve o artigo 16 da LDC, sob a epígrafe “nulidade”

“1 – Sem prejuízo do regime das cláusulas contratuais gerais, qualquer convenção ou disposição contratual que exclua ou restrinja os direitos atribuídos pela presente lei é nula.

2 – A nulidade referida no número anterior apenas pode ser invocada pelo consumidor ou seus representantes.

3 – O consumidor pode optar pela manutenção do contrato quando algumas das suas cláusulas forem nulas nos termos do n. 1.º, estabelece o artigo 13 sob a consigna “carácter injuntivo dos direitos” que “é nula qualquer convenção ou disposição que exclua ou limite os direitos atribuídos aos utentes na presente lei”.

Conquanto se conclua que face a uma invalidade mista ou atípica em que um só dos contraentes pode invocá-la, sendo, por conseguinte, de conhecimento provocado (que não oficioso) (Lei dos Serviços Públicos Essenciais – anotada e comentada – Fernando Dias Simões, Mariana Pinheiro Almeida, Almeida, 2012, págs. 219 e s), o certo é que o Supremo Tribunal de Justiça, pelo punho do Cons^o Paulo Sá, decretara já – de modo convincente e bem fundado – que

“I – A interpretação conjugada dos art^{os} 10º e 13º da Lei n. 23/96, de 26 de Julho, aponta no sentido de que a caducidade é, aqui, de conhecimento oficioso.

II – A caducidade extingue os efeitos jurídicos do direito em virtude de um facto jurídico stricto sensu, independentemente de qualquer manifestação de vontade”,

não sem, no corpo do acórdão, estabelecer que

“Está, como se disse, em discussão, a caducidade do direito de acção, tudo se centrando na interpretação do disposto no artº 10º da Lei n. 23/96, de 26 de Julho.

Primeiro, dir-se-á, com as instâncias, que a caducidade foi invocada.

O facto de se terem referido normas que se consideraram inaplicáveis, não impede o conhecimento dessa caducidade.

Com efeito, foi invocado o decurso do prazo de seis meses sobre a data das respectivas facturas e suscitada a questão da caducidade.

Ora, como é sabido, nos termos do artigo 664º do Código de Processo Civil, o tribunal não está sujeito às alegações das partes no que toca à indagação, interpretação e aplicação das regras de direito.

Isto é, independentemente de se entrar na discussão sobre se a caducidade é, neste caso, excluída da disponibilidade das partes, entendemos que bem se decidiu ao conhecer-se da mesma.

Mas comungamos do entendimento de que a interpretação conjugada do disposto nos artigos 10º e 13º da Lei n. 23/96, apontam no sentido de que a caducidade é, aqui, de conhecimento oficioso.

Porém, ainda que assim se não devesse entender, nada obstará ao conhecimento da caducidade, por efeito do n. 2 do artigo 333º do Código Civil. que remete para o artigo 303º do mesmo diploma, o qual impõe a invocação da caducidade pelo interessado, para que o tribunal dela possa conhecer.

Como a ré BB invocou a caducidade, não há fundamento para se entender que, de tal excepção, não podiam as instâncias conhecer.

Abordemos agora a questão da interpretação do artigo 10º da Lei n. 23/96.

Dispõe o citado normativo:

“Prescrição e caducidade

1 – O direito de exigir o pagamento do preço do serviço prestado prescreve no prazo de seis meses após a sua prestação.

2 – Se, por erro do prestador do serviço, foi paga importância inferior à que corresponde ao consumo efectuado, o direito ao recebimento da diferença de preço caduca dentro de seis meses após aquele pagamento.

3 – O disposto no presente artigo não se aplica ao fornecimento de energia eléctrica em alta tensão.”

Só nos interessa a específica questão da caducidade.

Com a caducidade extinguem-se os efeitos jurídicos do direito em virtude de um facto jurídico stricto sensu, independentemente de qualquer manifestação de vontade. No caso, a verificar-se, será pelo decurso do referido prazo legal de seis meses a contar de cada pagamento efectuado, em função de cada factura emitida.”

Conceder se pode, no entanto, que a **nulidade atípica** (no regime que lhe quadra) se tem como distintiva da **caducidade** quando estabelecida em matéria como tal classificada como imperativa ou injuntiva, sendo que o consumidor não pode dispor em princípio da relação em si configurada.

Um regime para a nulidade atípica, outro – e bem distinto – adequado à caducidade do direito à diferença do preço (que, não fora a força com que o direito se acha blindado, poderia propender-se a considerar como disposição meramente supletiva e, nessa medida, de direito disponível se trataria.)

Não é patentemente o caso.

Porque as eminentes razões que presidem ao estabelecimento de breves lapsos para a instauração das correspondentes acções se acham

Com a caducidade
extinguem-se
os efeitos
jurídicos do
direito em virtude
de um facto
jurídico
stricto sensu

indissolúvelmente conectadas com os equilíbrios dos orçamentos domésticos (os dos consumidores) e os de empresas de um certo talhe (os dos demais utentes) ante os monopólios e oligopólios de facto que exploram serviços da índole dos que neste passo se incluem.

Tratando-se de direitos cuja natureza é injuntiva, como da epígrafe ressalta, aplicável é o regime plasmado no n. 1 do artigo 333 do Código Civil, a saber,

(Apreciação oficiosa da caducidade)

“1. A caducidade é apreciada oficiosamente pelo tribunal e pode ser alegada em qualquer fase do processo, se for estabelecida em matéria excluída da disponibilidade das partes.”

Logo, o conhecimento é oficioso, que não provocado.

6. Aplicabilidade dos institutos à factualidade

6.1 Caducidade do direito de acção

Retome-se neste passo o quadro cronológico traçado e emergente da factualidade assente

a. 17 de Maio de 2011 – aí se “deu de barato” (em decorrência da vistoria técnica) que haveria desde 17.Nov.2005 “nítida e repetida quebra de consumo de energia” até 16 de Maio de 2011.

b. O “débito referente à rectificação e ao recálculo da energia só ocorreu em 26 de Maio de 2012, mais de um ano depois (de 16 de Maio de 2011, data confirmada da vistoria técnica, a 26 de Maio de 2012, data da emissão da factura).

c. A acção só se instaurou, porém, a 22 de Janeiro de 2015.

d. Ante o encadeado de datas afigura-se-nos patente a negligência da Demandante.

A saber,

Há que computar o prazo do fornecimento, da prestação (da detecção das diferenças), que não da facturação, como resulta do n. 1 do artigo 10º.

Ora, a data que importa reter é a de 17 de Maio de 2011 como base do cômputo dos seis meses prescritos na LSPE – n. 2 do artigo 10º.

Os seis meses perfar-se-iam em 17 de Novembro de 2011.

A data de 17 de Maio de 2011 constitui, pois, um marco como limite inferior do período em que a acção deveria ser proposta.

E a 17 de Novembro esgotar-se-ia o prazo para a instauração da acção.

Independentemente de a factura só haver sido emitida, entretantes, a 26 de Maio de 2012, mais de seis meses após haver expirado o prazo para a propositura da acção.

Sibi imputet...

A Demandante não pode ignorar as linhas mestras do regime que emergem da LSPE. E terá de colher daí as inerentes desvantagens.

O haver movido a acção só em 22 de Janeiro de 2015, com óbvia inobservância quer dos limites temporais como da exigência dos montantes pretensamente devidos pelas diferenças detectadas no lapso que decorreu entre 2005 e 2011 reflecte manifesta ausência de diligência, de que não pode o Demandado vir a sofrer as consequências.

Cumprе assinalar: *grosso modo* mais de 3 anos após, dir-se-ia até, cerca de 4 anos após... com precisão, porém: 3 anos, 8 meses e 6 dias separam o começo do prazo de caducidade do momento da propositura da acção de cobrança da pretensa dívida.

Em patente processo de esgotamento dos prazos excepcionais para que remete a LSPE.

Nada pareceria justificar tamanha dilação.

Constitui manifesto abuso de direito (autêntica litigância de má-fé) vir fazê-lo a destempo, volvido tão dilatado lapso após a pretensa detecção das diferenças fundadas num alegado “recálculo” de consumos e fazendo-se “vista grossa” das alterações introduzidas pelo utente para lograr economias de consumo com investimento em equipamentos outros para se eximir aos exorbitantes preços da energia e dos mais componentes da factura energética.

O fornecedor jamais interrompeu ou suspendeu o fornecimento.

E não diligenciou porque o direito à diferença do preço fosse, como se significou, tempestivamente cobrado.

A negligência destarte evidenciada só admite a sanção ínsita nos textos: o decretamento da caducidade quer por haver sido invocada quer por caber ao tribunal o seu conhecimento *ex officio*.

Manuel de Andrade sustentava que “o fundamento específico [do instituto paralelo] da prescrição reside na negligência do titular do direito em exercitá-lo durante o período de tempo indicado na lei. Negligência que faz presumir ter ele querido renunciar ao direito, ou pelo menos o torna (o titular) indigno de protecção jurídica (*dormientibus non succurrit ius*). Tal o fundamento específico da prescrição, no sentido de ser de acordo com ele que a lei organiza e modela a respectiva disciplina” (Teoria Geral da Relação Jurídica, vol. II, Coimbra, Almedina, 2003, págs. 445 e s).

O recurso às vias jurisdicionais, de banda do fornecedor, nestas circunstâncias, é susceptível de configurar até, como noutro passo se assinalou, **litigância de má-fé** (Código de Processo Civil: n. 2 do artigo 542) por não ser curial admitir-se que ignore achar-se, à data, já precludido o seu direito pela caducidade e, a despeito, haver sobranceiramente interposto a acção.

6.2 Caducidade do direito à diferença do preço

A caducidade do direito à diferença do preço consta, aliás, do n. 2 do artigo 10º da LPSE:

“Se, por qualquer motivo, incluindo o erro do prestador do serviço, tiver sido paga importância inferior à que corresponde ao consumo efectuado, o direito do prestador ao recebimento da diferença caduca dentro de seis meses após aquele pagamento.”

Análogas considerações cabe tecer a tal propósito.

Valem, pois, na circunstância, as observações ínsitas no passo precedente.

No momento em que o Demandante entende mover a acção contra o ora Recorrente os prazos para reclamar a diferença do preço já estavam de todo estourados.

Sucedee, porém, que – tendo invocado uma tal excepção –, de resto, de conhecimento oficioso, como se sustenta no passo respectivo, com suporte no aresto do Supremo Tribunal de Justiça de 3 de Novembro de 2009 (Consº Paulo de Sá), que sufraga doutrina com que ora nos identificamos, a M.^{ma} Senhora Juiz *a quo* dela não toma conhecimento.

De que resulta a nulidade da sentença *ex vi* alínea d) do n. 1 do artigo 615 do Código Civil.

7. Apreciação dos fundamentos de direito da decisão em análise

Noutro passo já se aludiu à fragilidade – e às contradições íntimas – dos elementos estruturantes da decisão

Eis os fundamentos de direito em que se baseia a M.^{ma} Senhora Juiz *a quo* para verter a sua decisão:

“Em síntese, podemos afirmar que entre Autora e Réu **foram estabelecidas relações comerciais**, no desenvolvimento das quais aquele prestou serviços a este, contra o pagamento do respectivo preço.

O contrato celebrado é um contrato de fornecimento de energia eléctrica, conforme aceite pelas partes.

Estabelece o artº 1º, n. 1, do Decreto-Lei n. 328/90, de 22.10, que *“Constitui violação do contrato de fornecimento de energia eléctrica qualquer procedimento fraudulento susceptível de falsear a medição da energia eléctrica consumida ou da potência tomada, designadamente a captação de energia a montante do equipamento de medida, a viciação, por qualquer meio, do funcionamento normal dos aparelhos de medida, a viciação, por qualquer meio, do funcionamento normal dos aparelhos de medida ou de controlo de potência, bem como a alteração dos dispositivos de segurança, levada a cabo através da quebra de selos ou por violação dos fechos ou fechaduras”*.

No caso dos autos, foi provada a viciação fraudulenta do equipamento de medição da energia eléctrica consumida, e, não tendo o réu logrado ilidir a presunção estatuída no n. 2 do preceito citado, os danos sofridos pela Autora são-lhe imputáveis – estando assim a seu cargo o respectivo ressarcimento.

Foram cumpridas as formalidades exigidas pelo artº 2º do referido Decreto-Lei, tendo sido elaborado o respectivo auto e do mesmo dado conhecimento e entregue cópia a quem declarou representar o consumidor, e deixada cópia destinada ao mesmo.

Assim, encontramos-nos perante uma situação de existência de **violação do contrato de fornecimento de energia eléctrica** por fraude imputável ao consumidor, gozando o distribuidor dos direitos previstos no artº 3º do Decreto-Lei 328/90 – interrupção do fornecimento de energia eléctrica (o que não fez), e ressarcimento do valor do consumo

irregularmente feito e das despesas inerentes à verificação e eliminação da fraude, bem como os juros estabelecidos para as dívidas activas do distribuidor.

Os critérios para a determinação do valor do consumo irregularmente feito estão previstos no artº 6º do mesmo diploma, resultando dos autos que foi com base nos mesmos que a A. procedeu ao cálculo da quantia a que tem direito – conforme acima referido. Não concordando o consumidor com o valor calculado pelo distribuidor, e sem prejuízo de recurso aos tribunais, assiste-lhe o direito de requerer a arbitragem das quantias que tenha pago em consequência do ato fraudulento praticado, quando as considere exageradas, nos termos do artº 8º do mesmo diploma. Sucede que o réu não recorrer a arbitragem, nem forneceu nos autos dados minimamente fundamentados para que se possa concluir que as quantias cobradas são exageradas – limitando-se a defender, *in limine*, não serem devidas.

...

– Prescrição:

Invoca o réu a prescrição do direito pretendido exercer pela autora, com fundamento no disposto no artº 10º, n. 4, da Lei n. 23/96, de 26.7 (Lei de Defesa do Consumidor), que estabelece um prazo de prescrição de 6 meses para o prestador de serviços públicos essenciais, contados após a prestação do serviço ou do pagamento inicial, consoante os casos.

Tal norma, salvo o devido respeito, não é aplicável ao caso dos autos. Na realidade, encontramos-nos perante um caso de responsabilidade civil extracontratual, a que são aplicáveis os prazos de prescrição previstos no artº 498º do Código Civil – prazo esse que se encontra cumprido pela autora, que intentou a presente acção quer dentro do prazo de 3 anos contados da emissão da factura (data em que tem conhecimento da extensão integral dos danos, nos termos do n. 1 do artº 498º do CC), quer, caso assim se não entendesse, no prazo mais largo (5 anos) de prescrição previsto para o ilícito criminal correspondente, nos termos invocados pela autora na sua resposta – com os quais concordamos.

Conforme refere o Acórdão da Relação de Lisboa de 1.2.2011, já citado, “*estando provado que a ré... utilizou ilicitamente energia eléctrica não contratada, pretendendo furtar-se ao respectivo pagamento, é, no*

mínimo, um abuso de direito, pretender esgrimir com recurso à contagem de prazos aplicáveis a situações de ilícito contratual para furtar-se ao pagamento devido pelo consumo dessa mesma energia, obtida de forma ilícita e culposa”, e, assim, no âmbito da responsabilidade civil extracontratual.

Improcede, em consequência, a invocada excepção de prescrição.”

Apreciando:

7.1 A qualificação do acto

i) Reconhece a M.mª Juiz *a quo* que **entre os contraentes se celebrara um contrato de fornecimento de energia eléctrica**, que se mantinha e mantém, aliás, em nossos dias, em vigor.

ii) Ainda que se dê de barato (o que o recorrente não aceita por haver ilidido a presunção da utilização ilícita da energia) que tais diferenças de consumo se hajam registado, o que daí resulta é um mero acerto de diferenças de preço, no âmbito do contrato e não fora dele.

7.2 Há dissimilitudes manifestas entre a concreta hipótese de facto *sub judice* e a que serviu de base ao invocado acórdão de 01 de Fevereiro de 2011, emanado do Tribunal da Relação de Lisboa, cujo sumário, escrito pelo punho da Exm.ª Relatora (a Des.ª Dina Monteiro) reza o seguinte:

“Estando provado que (a Demandada) utilizou ilicitamente energia eléctrica, com o desconhecimento da EDP e ***à margem de qualquer contrato*** (sublinhado nosso), o prazo ***prescricional*** a atender é o de 3 anos, contados da data em que a empresa teve conhecimento desse facto, nos termos do artigo 498 n. 1 do Código Civil.”

7.3 O consulente fez prova bastante de que a quebra terá sido imputável à substituição operada entre 2005 e 2011 (***rectius*** de 17 de Novembro de 2005 a 16 de Maio de 2011) das fontes de energia.

7.4 A “utilização... não se processou “à margem de qualquer contrato...” quando na vertente hipótese subjazia um contrato de fornecimento celebrado entre Demandante e Demandado, como se vem de repetir.

7.5 A responsabilidade contratual saldar-se-ia pela imputação das diferenças, como em verdade ocorreu, e não a emergente responsabilidade extracontratual por factos ilícitos (artºs 483 e seguintes do Código Civil)

7.6 A prescrição jamais seria, *in casu*, aferida em função do n. 1 do artigo 498 do Código Civil, tanto mais que aplicável seria, na circunstância – sempre e tão só –, a LSPE, mormente o seu artigo 10º, sob a epígrafe “prescrição e caducidade”

7.7 Donde, se apartar de todo a doutrina plasmada na hipótese de facto apreciada e julgada na Relação de Lisboa a 01 de Fevereiro de 2011.

7.8 Ademais,

A caducidade do direito de acção invocou-a o Demandado (artigo 61 da contestação). Em vão, porém.

E ao tribunal *a quo* cumpriria conhecer de ofício uma tal excepção.

O que é susceptível de configurar uma concreta hipótese de nulidade de sentença *ex vi* alínea *d*) do n. 1 do artigo 615 do Código de Processo Civil.

7.9 De análogo modo, a caducidade do direito à diferença do preço, cujo conhecimento parece ser também, de acordo com a doutrina mais bem fundada, de conhecimento oficioso.

Em um tal sentido o acórdão de 3 de Novembro de 2009 do Supremo Tribunal de Justiça (relatado pelo Exmº Consº Paulo Sá) segundo o qual

“1. A interpretação conjugada dos artigos 10º e 13º da Lei 23/96, de 26 de Julho, aponta no sentido de que a caducidade é, aqui, de conhecimento oficioso”.

Ademais, o ora Recorrente também invocou uma tal excepção (artigo 65 da contestação), sem que o tribunal *a quo* a houvesse atendido. E cumpriria fazê-lo, como se afiguraria curial e até por dever de ofício.

Donde, a nulidade da sentença, em conformidade com o que estipula a alínea *d*) do n. 1 artigo 615 do Código de Processo Civil.

8. Conclusões

1. Demandante e demandado celebraram, antes de 2005, um contrato de fornecimento de energia eléctrica

2. A subsistir (ante os mais elementos dos autos e a elisão da presunção reclamada, a justo título, pelo demandado), a emergente responsabilidade é meramente contratual.

3. Que não, como emerge da sentença de fls., extracontratual,

4. De molde a beneficiar da prescrição hipotizada no n. 1 do artigo 498 do Código Civil

5. Que logra apoio num acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 01 de Fevereiro de 2011, cuja doutrina é inaplicável à lide ora *em apreço* por não haver subjacente um qualquer contrato

6. Há divergências insanáveis entre as espécies de facto destarte configuradas: de um lado uma relação de facto (a espelhada no acórdão enunciado), do outro, na vertente hipótese, uma relação jurídica titulada por um contrato, como cumpria;

7. O demandado aduziu prova susceptível de convencimento de que a quebra de consumos teria sido imputável à substituição das fontes energéticas operada entre 2005 e 2011 (*rectius* de 17 de Novembro de 2005 a 16 de Maio de 2011)

8. Ainda que assim se não entenda, as diferenças de preço “recalculadas” no período que medeia entre 17 de Novembro de 2005 e 16 de Maio de 2011 (lapso de 5 anos e meio) haviam sido objecto de consumpção tanto pela caducidade do direito de acção que é de seis meses (n. 4 do artigo 10 da LSPE)

9. Como pela caducidade do direito à diferença de preço de análoga dimensão temporal (n. 2 do artigo 10º da LSPE)

10. Com efeito, qualquer dos institutos é de conhecimento oficioso, como se mostrou no lugar próprio.

11. Mas ainda que o não fossem, o Apelante arguiu tempestivamente qualquer das excepções – tanto a da caducidade do direito de acção como a do direito à diferença do preço –, sem que delas a M.^{ma} Senhora Juiz *a quo* houvesse tomado conhecimento,

12. Mormente a da **caducidade do direito à diferença do preço**, já que deu de barato que a concreta hipótese de facto beneficiaria de um prazo amplo de prescrição como o que radica no n. 1 do artigo 498 do Código Civil.

13. O não conhecimento dos factos extintivos invocados configura uma caso típico de **nulidade da sentença**, *ex vi* alínea d) do n. 1 do artigo 615 do Código de Processo Civil

14. Na realidade, a pretensa detecção de quebras de consumo terá ocorrido a 16 de Maio de 2011 e a acção só foi instaurada a 22 de Janeiro de 2015, isto é, 3 anos, 8 meses e 6 dias após o fornecimento

15. A factura só foi emitida a 25 de Junho e remetida nos primeiros dias de Julho de 2012 (mais de um ano após a pretensa detecção dos factos), e já depois de estourado o direito de acção, que é de seis meses (n. 4 do artigo 10º da LSPE);

16. Emitida a factura mais de um ano após a pretensa detecção dos factos, a acção só foi instaurada a 22 de Janeiro de 2015, quando deveria tê-lo sido nos seis meses subsequentes a 17 de Maio de 2011.

17. De 25 de Junho de 2012 a 22 de Janeiro de 2015, inércia total do ora Recorrido.

18. De 17 de Maio de 2011 a 22 de Janeiro de 2015 distam três anos, 8 meses e 6 dias,

19. Pelo que deveria ter sido decretada primacialmente a caducidade do direito de acção, pela precípua aplicação do normativo idóneo para o efeito – a LSPE –, nos termos do n. 4 do artigo 10º da Lei 23/96, de 26 de Julho (modificada por dispositivos noutro passo evidenciados).

20. Que não o da responsabilidade civil extracontratual (por actos ilícitos), *maxime* da prescrição (artigo 498 do Código Civil), que premiaria o Demandante pela sua inércia, pela declarada negligência de que deu exuberantemente mostras na circunstância.

E que é de todo inaplicável na vertente hipótese, recoberta pela disciplina da LSPE.

Tal é, salvo melhor juízo, o nosso parecer.

Coimbra e Villa Cortez, Centro de Estudos de Direito do Consumo, aos 14 de Novembro de 2016

Mário Frota
director

Notas

1. Mário Frota. Presidente da apDC – Associação Portuguesa de Direito do Consumo. Director do CEDC – Centro de Estudos de Direito do Consumo.
2. Lei 23/96, de 26 de Julho, que se destinaria a regular a LDC – a Lei de Defesa do Consumidor – Lei 24/96, de 31 de Julho (artigo 9º n. 8) e que por manifesto equívoco da INCM veio a lume 5 dias antes da Lei-Quadro).